

LAS RELACIONES PATERNO FILIALES. LA SUSTRACCIÓN PARENTAL

Benito Soriano Ibáñez
Fiscalía Provincial de Teruel

"Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales"
Madrid 21 a 23 de junio 2017

Centro de
Estudios
Jurídicos

1. **DERECHO DE FAMILIA.** 1.1. GENERALIDADES. 1.2. FILIACION. 1.3. PATRIA POTESTAD. **1.3.1. Concepto y regulación.** **1.3.2. Contenido.** **1.3.3. Titularidad y ejercicio.** **1.3.4. Incidencia de la ruptura de la pareja en las relaciones paterno filiales.** 1.3.4.1. *Generalidades.* 1.3.4.2. *Casos de uniones mixtas.* 1.3.4.3. *Regulación en España.* **2. SUSTRACCION PARENTAL.** 2.1. CONCEPTO. 2.2. MARCO JURIDICO GENERAL. 2.3. SUPUESTOS DE SUSTRACCION PARENTAL. **2.3.1. Sustracción parental dentro de España.** **2.3.2. Menor con residencia habitual en España que es trasladado a un tercer país.** **2.3.3 Menor con residencia habitual fuera de España que es trasladado a España.** 2.4. MEDIDAS RELATIVAS A LA RESTITUCION O RETORNO DE MENORES EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCION INTERNACIONAL. **2.4.1. Ámbito de aplicación.** **2.4.2 Competencia.** **2.4.3 Legitimación.** **2.4.4. Procedimiento.** 2.4.4.1. *Generalidades.* 2.4.4.2. *Fases.*

RESUMEN: *Mediante el presente trabajo tratamos de ubicar la sustracción parental dentro del derecho de familia entroncando directamente con la patria potestad y filiación, a los efectos de determinar cómo y por quien debe de decidirse el traslado de residencia de un menor. Para ello dedicamos un primer apartado al derecho de familia, estudiando la filiación y patria potestad en el código civil así como los efectos en estas instituciones de la ruptura de la convivencia entre los progenitores con especial atención a los matrimonios o parejas mixtas. En un segundo bloque nos referimos al concepto, regulación y supuestos de sustracción parental para que sirva de introducción al resto de las ponencias del curso.*

1. DERECHO DE FAMILIA

1.1 GENERALIDADES

La familia, en cuanto que está regulada por el Derecho, podemos considerarla como institución jurídica, si bien como fundamento de la sociedad y del Estado, es ante todo una institución social.

Entre las muchas definiciones técnico jurídicas de familia podemos recoger la de MORANDÉ, que la define como *conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (cosanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye algún efecto jurídico*.

La familia puede constituirse mediante relaciones de matrimonio, pero también por uniones de hecho o de derecho. Aunque nuestro Código Civil únicamente regula el matrimonio, ese otro tipo de relaciones, bien están plasmadas en diversas leyes autonómicas, bien pueden ser consideradas dentro del Derecho de familia, en cuanto que pueden generar una descendencia que tendría encaje en la institución de la filiación.

Respecto a las relaciones de parentesco, vienen reguladas en los arts. 915 a 920 de nuestro C.Civil, y pueden definirse como la relación de familia que existe entre dos personas.

Estas relaciones pueden establecerse atendiendo: al vínculo de sangre, cosanguinidad (personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor), a la existencia de matrimonio/unión, afinidad (entre una persona y los cosanguíneos de su pareja) o por adopción, con los mismos efectos que el parentesco cosanguíneo, en cuanto que según el art. 178 CC, la adopción da lugar a la plena integración del adoptado en la familia del adoptante y conlleva la extinción de sus vínculos jurídicos con su familia anterior¹.

El parentesco se computa por líneas –recta o colateral- y por grados –cada una de las generaciones que separa a dos parientes-.

En cuanto que puede ser importante de cara a nuestro estudio, podemos hacer una referencia a las distintas clases de familias, recogiendo entre otras :

- La nuclear, formada por padres e hijos
- La extensa o extendida, que abarca a otros parientes que provienen de un tronco común más o menos próximo y que mantienen relaciones frecuentes.
- Las ensambladas, o reconstituidas², tienen su origen en la unión de personas que provienen de un casamiento o unión previa.
- Las monoparentales, formadas por hijos y un único progenitor
- Las homosexuales/ heterosexuales
- Las Uniones mixtas donde los miembros son de nacionalidades distintas

¹ Con las excepciones del art. 178.2 y la nueva regulación de la adopción abierta del ap.4

² GARRIGA GORINA, Margarida, tiene un interesante trabajo, “las relaciones paterno-filiales de hecho” que recoge como objetivos a resolver dos problemas fundamentales de las familias reconstituidas, como lo son, la inexistencia de vías legales adecuadas para la formalización de las relaciones del padrastro con los hijos del cónyuge o de la pareja, lo que conlleva que se utilicen mecanismos legales inadecuados como son la adopción y el reconocimiento de complacencia, y que el padrastro no aparece entre las personas a las que la ley encarga la protección del hijo en colaboración o en sustitución de un progenitor.

Sobre esta institución social – relaciones de matrimonio y parentesco- incide el Derecho atribuyéndoles efectos jurídicos. De esta forma puede definirse el Derecho de familia, según FERRARA, como “el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros”.

Aunque existen autores que sostienen que es una rama del derecho público, en cuanto que en sus normas existe un marcado carácter de orden público dado el interés del Estado en que se respeten los poderes-funciones involucrados en sus relaciones jurídicas, para la mayoría se trata de una disciplina perteneciente al derecho privado al regular sus normas lo relativo a los particulares y a las relaciones de éstos entre sí, si bien la autonomía de la voluntad tiene un papel más restringido. Bien es cierto que el Derecho de familia, va, “alejándose con el correr del tiempo, en forma paulatina del derecho privado, aproximándose notoriamente al derecho público, principalmente por la preocupación que han manifestados los Estados en su organización, estabilidad y constitución” según manifiesta TRONCOSO LARRONDE.

Entre las características del Derecho de familia podemos recoger las siguientes:

- a) Restricción de la autonomía de la voluntad, poniendo freno a los eventuales abusos a que daría lugar una libertad mal entendida y peor empleada, encontrando muchos preceptos con carácter imperativo si bien se mantiene esa autonomía en casos como el convenio regulador o las capitulaciones matrimoniales.
- b) Contenido ético, encontrando preceptos éticos que ha sido convertidos en jurídicos, lo que explica la existencia de preceptos sin sanción o con sanción atenuada.
- c) Carácter público “orden público familiar”, recogiendo el texto constitucional las reglas básicas sobre las que la familia se organiza, con una intervención frecuente de los órganos del Estado en actos relativos al Derecho de Familia, produciéndose una publicación a través del creciente intervencionismo de los poderes públicos en la vida familiar, tal como hemos visto anteriormente.
- d) Gran mutabilidad, siendo sometido en tiempos contemporáneos a reformas profundas originadas por cambios en los hábitos y las creencias sociales.
- e) Institucionalidad propia, carácter transpersonalista; aparte de tener instituciones propias tales como el matrimonio o la filiación, el Derecho de familia tiene estructuras o soluciones particulares que se apartan en ciertos aspectos de la regulación común, erigiéndolo como una rama autónoma del derecho. En las relaciones familiares prima el interés superior de la familia por encima de fines individuales de la persona.

El Derecho de familia comprende:

- 1) Las normas relativas a las relaciones de pareja, especialmente las matrimoniales.
- 2) La filiación
- 3) Las instituciones de guarda legal: patria potestad, tutela y la curatela

Se echa en falta un tratamiento específico y unitario del Derecho de familia en nuestra legislación, lo que hace que v.gr. tengamos que acudir a la sucesión intestada

para encontrar el parentesco o al Libro IV “de las obligaciones y contratos” para hallar la regulación del régimen económico matrimonial.

La Constitución española dedica especialmente dos artículos a la familia, el 32 y 39, si bien se refiere en otros al interés de la familia, como en el 18, 27 o 35.

El Código Civil, como decíamos, no tiene un tratamiento unitario del Derecho de familia. Nuestro trabajo en cuanto que trata de aproximarse a los problemas de sustracción parental, va a centrarse en los temas de filiación y patria potestad, regulados en el Libro I “De las personas”, Títulos V, “De la paternidad y filiación” y VII “De las relaciones paterno-filiales”.

Por último no debemos de olvidar el derecho foral y la legislación de las comunidades autónomas en esta materia ya que será la aplicable sobre la base de la vecindad civil de los progenitores y los hijos menores, debiendo de atenderse a los arts.13 a 16 del C.Civil.

1.2 FILIACION

Definiremos la filiación como aquel vínculo jurídico que existe entre dos personas en las que una desciende de la otra y que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de actos jurídicos. Es por tanto un vínculo reconocido y regulado por el derecho, al que se le reconoce efectos jurídicos con derechos y obligaciones para las personas unidas por relaciones filiales.

Tradicionalmente se hablaba de filiación legítima, para referirnos a aquella en que los hijos eran concebidos durante el matrimonio, - también filiación legitimada, para hijos concebidos antes del matrimonio que nacen durante el mismo o son reconocidos antes, durante o después de las nupcias- y filiación natural para los casos en que los hijos nacían fuera del matrimonio, estableciéndose respecto a la madre de forma automática más no así respecto al padre al exigirse un reconocimiento voluntario o declaración judicial.

En España con anterioridad a la ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se hablaba de filiación simple, adulterina e incestuosa, teniendo la mencionada ley una doble finalidad en esta materia, por un lado adaptar la regulación a los principios constitucionales y por otro introducir modificaciones de carácter técnico, de las que estaba muy necesitada la regulación de la filiación³: utilización de una nueva terminología desapareciendo las connotaciones peyorativas que tenía la expresión “hijo ilegítimo”, establecimiento del principio de igualdad de efectos y regulación de diversos modos de determinar la filiación permitiéndose, en principio, la libre investigación de la paternidad.⁴

A la filiación dedica el C.Civil su Título V del libro I, concretamente el art. 108 dice “*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.*”

³ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. 2008 p. 302 (coord), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Madrid, Colex, 2008.

⁴ La redacción en vigor ha experimentado otras reformas, destacándose la derogación de los arts. 127 a 130, 134.2 y 135 por la ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”

Respecto a los efectos de la filiación, el art. 109⁵, establece que “*determina los apellidos*” proporcionando identidad al menor, igualmente genera derechos sucesorios, pero además conlleva unos “*poderes*” derivados de la relación jurídico-familiar creada, que atribuyen a determinados sujetos y con la finalidad de cumplir determinados fines previstos por el ordenamiento una serie responsabilidades –derechos-deberes o potestades-, que se define como patria potestad.

El art. 111 recoge dos supuestos donde el progenitor queda excluido de la patria potestad “*in origen*”, la condena a causa de las relaciones a que obedezca la generación y cuando la filiación se ha determinado judicialmente contra su oposición, pero, tanto en estos supuestos de exclusión de la patria potestad, como en aquellos en que a sus titulares se les priva o suspenda, quedarán siempre a salvo las obligaciones de los padres de velar por los hijos y prestarles alimentos (art. 110 C.C.).

El Código Civil dedica los capítulos II y III del título que nos ocupa a la determinación y prueba de la filiación y las acciones de filiación, temas en los que no vamos a entrar al no tener relación con el objeto de nuestro trabajo.

1.3 PATRIA POTESTAD

1.3.1. Concepto y regulación

Veámos anteriormente como las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos que se generan por la filiación reciben el nombre de relaciones paterno-filiales, siendo la patria potestad el conjunto de derechos y deberes que el ordenamiento jurídico reconoce a los padres en beneficio de los hijos, para el cumplimiento de sus obligaciones para con ellos⁶.

Nos encontramos ante una potestad familiar, en palabras de LACRUZ BERDEJO, o de un derecho función, conceptos que se contraponen al de derecho subjetivo, ya que la autoridad que comporta se usa no al arbitrio de su titular, sino para cumplir ciertas finalidades en interés o beneficio ajeno, debiendo ser ejercitada cuando el caso lo requiera, constituyéndose como un verdadero officium donde preferentemente prima el deber⁷.

⁵ Ley 40/1999 de 5 de noviembre en su exposición de motivos dice “es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo, lo cual no impide que, ante el no ejercicio de la opción posible, debe regir lo dispuesto en la ley”

⁶ El T.Supremo en una sentencia de 20 de enero de 1993, la define como “*conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación que pesan sobre aquellos y que está en función, y en consecuencia orientada a favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad*”.

⁷ Sabemos que históricamente no fue así, si atendemos a la patria potestas romana con *el ius vitae ac necis, ius exponendi, ius vendendi o ius noxae dandi*, atemperados por la *pietas*. La reacción frente a este tipo de potestad es la que queda reflejada en el Derecho Aragonés a través de la Observancia 2.^a “*ne pater vel mater*” donde se indicaba “*de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*”, hablándose de autoridad familiar en el art. 9 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967

Como caracteres de la patria potestad señalamos la irrenunciabilidad, al tratarse de una institución de orden público, la intransmisibilidad, aunque cabe la delegación de determinadas funciones, la imprescriptibilidad, al encontrarse fuera del comercio de los hombres, generalidad, y la temporalidad, extinguiéndose al alcanzar el hijo la plena capacidad, aunque podría ser prorrogada en los supuestos del art. 171 C.C.

El título VII del Libro I del C.Civil regula las “*relaciones paterno-filiales*”⁸, y el art. 154 abre el capítulo primero, dedicado a las disposiciones generales, afirmando que “*los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores*”⁹

1.3.2 Contenido

El art. 154 C.C. regula el contenido de la función, comprendiendo los deberes y facultades respecto a los hijos de:

- “1.º *velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*
- 2.º *representarlos y administrar sus bienes*”

En el art. 154 transcrito pueden distinguirse dos grupos distintos de funciones, aquellas relativas a la esfera personal, que englobarían las potestades de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, a las que podríamos añadir el derecho de representación, y otras relativas a la esfera patrimonial referidas a la administración y disposición del posible patrimonio del menor.

En cuanto que el tema objeto de nuestra ponencia va dirigido al estudio de los problemas de sustracción parental, lo determinante es analizar quien y como se decide con quien deben convivir los hijos menores y en qué lugar; Dando un paso más, resolver si el hecho de tener la guarda o custodia de un menor faculta para decidir su traslado de residencia o queda dentro del derecho de representación que corresponde a los titulares de la patria potestad o el de relacionarse y velar por ellos; y por último no debemos de obviar la opinión del menor al respecto en cuanto que es una decisión que le afecta de forma directa.

Nos centraremos por tanto, en la esfera personal estricto sensu y concretamente en aquellas facultades que engloban lo que suele llamarse guarda y custodia, como conjunto de disposiciones necesarias para el cuidado diario y cotidiano del menor, en el derecho de representación y en el derecho de tener a los hijos en compañía de sus padres y de relacionarse con ellos.

⁸ La mencionada ley 11/81 de reforma del C.C. en materia de patria potestad supuso las siguientes modificaciones: Se estructura la patria potestad como función dual o compartida de ambos progenitores; se suprime el usufructo del padre sobre los bienes de los hijos y se regula en forma más ágil la administración y enajenación de los mismos; se establece el principio básico del respeto a la personalidad de los hijos; se incrementa en el ejercicio de la patria potestad la intervención y control del Juez; se establece una total igualdad entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales. La patria potestad prorrogada y rehabilitada, constituye, asimismo, una de las novedades introducidas en el CC por la Ley 11/1981, y es objeto de nueva redacción por la Ley 13/1983, de reforma en materia de tutela

⁹ Así como en materia de filiación se mantiene la expresión “padre y madre” en el ámbito de las relaciones paterno filiales, la Ley 13/2005 de 1 de julio a los efectos de terminar con una supuesta discriminación con respecto a las parejas o matrimonios entre personas del mismo sexo, introdujo el término progenitores.

Como dice SERRANO RUIZ CALDERON¹⁰, los padres están obligados a vivir con sus hijos sometidos a patria potestad, pero a la vez, tienen el derecho a esa convivencia, por lo que podrán recabar el auxilio de la autoridad para el cumplimiento del mismo, tal y como establece el art. 154 in fine.

Este deber de convivencia implica comunidad de vivienda, ya que es la forma de mantener la unión familiar entre la pareja y sus hijos y de cumplir con las funciones de la patria potestad. Serán los progenitores los que deberán de decidir el lugar donde la familia residirá y tratándose de una decisión trascendente para sus hijos, requerirá el concurso de ambos como titulares de la patria potestad.

Si bien es cierto que alguna de las facultades que conforman la patria potestad pueden ejercerse sin que se conviva bajo el mismo techo, ya que pueden procurarse alimentos, educar y velar por los hijos desde una residencia distinta, lo cierto es que el derecho-deber de tener en su compañía a los hijos determina el derecho a estar y relacionarse con ellos manteniendo relaciones personales y contactos directos¹¹.

La Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 recoge como uno de los derechos del menor el de relacionarse con su progenitores, art. 9.3 incluso en los supuestos de que los padres residan en Estados diferentes, art. 10.2 *“derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres”*

La Convención europea sobre los derechos del niño en su art. 7 reconoce el derecho del niño y la niña a ser cuidado por ambos padres tanto como sea posible, lo que supone una implicación por parte de ambos haya o no separación entre ellos. Es más, el propio art. 18 establece que las leyes de los estados partes deben reconocer el principio de que ambos padres tienen una responsabilidad común en relación a sus hijos e hijas. Igualmente el art. 34 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea recoge que *“todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”*¹²

1.3.3. Titularidad y ejercicio

Como veíamos el art. 154 atribuye la titularidad de la patria potestad conjuntamente a los progenitores, cosa distinta será su ejercicio para lo cual debemos acudir al art. 156, que dice que la patria potestad se ejercerá:

“conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”, siendo válidos *“los actos que realicen uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”*.

La norma básica y general es el ejercicio común y conjunto, si bien se recogen algunas excepciones que podemos agrupar de la forma siguiente: ¹³

¹⁰ SERRANO RUIZ CALDERON, Los menores en protección

¹¹ El Derecho a relacionarse con los hijos existe incluso en aquellos casos en que no se ejerza la patria potestad, art. 160 C.C. salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la entidad pública en los supuestos de medidas protectoras, art. 161C.C

¹² En los mismos términos el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, Mijuslovic contra Montenegro y 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia, parten de que el derecho a relacionarse con los hijos y el derecho de visitas en caso de no convivir se integra en el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 CEDH.

¹³ No vamos a entrar en el estudio del art. 157 C.C. relativo al ejercicio de la patria potestad por parte del menor no emancipado, pudiendo verse en la pág. 300 de la obra de CASTAN “Derecho civil español común y foral, tomo V, vol. II”

- 1) Titularidad individual de la patria potestad:
 - a. Supuestos en que la filiación se encuentre legalmente determinada respecto de uno solo de los progenitores.
 - b. Cuando uno de los progenitores haya sido excluido ab initio de la patria potestad ex art. 111 C.civil.
 - c. Muerte o declaración de fallecimiento de uno de los padres.
 - d. Hijo adoptado por una sola persona salvo supuesto del art. 178.2 C.civil.
 - e. Privación de la patria potestad de uno de los progenitores

2. Titularidad compartida, ejercicio individual
 - a. Suspensión¹⁴ del ejercicio respecto a uno de los progenitores (privación parcial del art. 170.1 C.C.) o consecuencia de la declaración de desamparo, art. 172 c.c.
 - b. Desacuerdos entre los progenitores, art. 156.2 C.C. Prevé que el Juez atribuya la facultad de decidir a uno de los progenitores para un caso concreto, si bien si los desacuerdos son reiterados o existe por parte de uno de ellos un entorpecimiento grave del ejercicio, el Juez podrá atribuir total o parcialmente la patria potestad a uno de los progenitores o distribuir entre ellos las funciones, con una vigencia limitada y no superior a los dos años.
 - c. Supuestos de crisis matrimoniales (de pareja). Lo normal será que la sentencia que fije las medidas señale la forma de ejercicio dentro de las posibilidades del art. 156.5 – conjunto o con distribución de funciones- en caso contrario se ejercerá de forma exclusiva por el progenitor con quien convivan los hijos.¹⁵
 - d. Como consecuencia de medida acordada al amparo del art. 158 C.C.
 - e. Art. 156.4 C.C. ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores.

3. Titularidad y ejercicio conjunto, pero actuación individual de uno de ellos.
 - a. Actuación con consentimiento expreso o tácito del otro. Como recoge el profesor LACRUZ, si el consentimiento es expreso y para un acto determinado, no se trata de una actuación individual. Para analizar la existencia de consentimiento tácito habrá que valorar la ausencia de impugnación o la de oposición frente al ejercicio individual. El acto realizado sin consentimiento será anulable.
 - b. Actos realizados conforme al uso social y a las circunstancias
 - c. Actos en situación de urgente necesidad. El legislador otorga en el art. 156.1 C.c. una habilitación excepcional de actuación individual en estos supuestos, según recoge LACRUZ citando a SEISDEDOS.

¹⁴ El término suspensión únicamente se utiliza en la actualidad para los supuestos de declaración de desamparo, art. 172 C.c., al modificar la ley de 13 de mayo de 1981 los arts. 170 y 171 que regulaban la suspensión de la patria potestad

¹⁵ En el mismo sentido, arts 90.1 a) relativo al convenio regulador, y art. 92.4, ambos del C.C. con carácter general.

Este ejercicio de las potestades que conforman la patria potestad debe de realizarse siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental, art. 154 C.C. Especialmente importante es esta previsión en el tema que nos ocupa y donde nuestra Jurisprudencia incide especialmente en el principio de superior interés del menor, junto al derecho de ser escuchado, recogido también en el precepto referido.

1.3.4 Incidencia de la ruptura de la pareja en las relaciones paterno-filiales

1.3.4.1. Generalidades

Como ya dijimos, la patria potestad no deriva de la existencia de matrimonio u otro tipo de uniones, sino de la propia filiación y la crisis de pareja que conlleve cese de la convivencia lo que rompe es la pareja y no las relaciones parentales de los hijos con cada uno de los progenitores¹⁶ que deberán de adaptarse a la nueva situación. Al respecto podemos mencionar el art. 92.1 C.C relativo al matrimonio “ *la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*”.

CAMPUZANO TOME¹⁷, refiriéndose a la reforma del C.Civil de 2005 dice que “*su fundamento teórico reside en la idea de que la separación o el divorcio ponen fin al matrimonio pero no a los vínculos familiares, ello supone que los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres con respecto a sus hijos comunes, una vez sobrevinida la crisis conyugal, deben ser iguales a los derechos y responsabilidades que tenían con anterioridad. En la práctica este esquema exige la fijación por parte del Juez de las medidas que permitan al hijo disfrutar de una mayor presencia física de ambos progenitores una vez decretada la separación o el divorcio*”.

La ruptura de la convivencia de una pareja con hijos menores obliga necesariamente a efectuar una nueva organización familiar dirigida a promover unas relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria, de ambos en su crianza y educación¹⁸. Es decir, la ruptura no conlleva la existencia de una monoparentalidad, a partir de ese momento debe de tenderse y fomentarse la responsabilidad parental común sin que haya que decidir necesariamente a cual de los dos padres se ha de elegir y a cual se ha de relegar a la condición de mero visitante.

El TEDH recuerda en sentencias, entre otras 7 de agosto 1996, Hohansen contra Noruega y 9 de junio de 1998 Bronda contra Italia, que para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio.

1.3.4.2. Casos de uniones mixtas

Aunque vamos a estudiar la legislación española relativa a las medidas a adoptar respecto a los hijos menores en casos de ruptura de pareja, previamente y debido a que en España las uniones mixtas¹⁹ superan el 20%, debemos de hacer referencia tanto a la

¹⁶ SAP de Gijón, de 22 de junio de 2010

¹⁷ CAMPUZANO TOME, E. Publicación Aranzadi Civil n.º 22/2004, Pamplona 2005.

¹⁸ Art. 75 Código de Derecho Foral de Aragón.

¹⁹ Casos de unión entre español/a-extranjero-a o entre extranjeros

competencia judicial para la adopción de medidas en esos supuestos como el derecho sustantivo aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

En una primera aproximación hay que dejar patentes los problemas derivados de la diferente configuración de los procesos de familia, así en España, tratándose de un procedimiento interno de divorcio con hijos menores, el juez se pronunciará sobre la disolución del vínculo, las medidas personales sobre los menores y la pensión de alimentos, pero en un procedimiento con elemento extranjero, puede ser, en cambio, que el juez sea competente para disolver el matrimonio y/o establecer una pensión de alimentos a favor de los menores, pero no lo sea para determinar las medidas personales sobre los mismos. En la práctica deben de tramitarse como procesos distintos acumulados en la misma demanda.²⁰

Igualmente en materia de ejecución de resoluciones extranjeras habrá que distinguir entre, las comunitarias, donde suelen tener efecto de ejecución directa o de reconocimiento parcial e incidental, y las provenientes de terceros Estados donde raramente los poseen.

En cuanto a la **competencia**, debemos partir del art. 36 LEC que se remite a la LOPJ y a los tratados y convenios internacionales.

El art. 21 de la LOPJ también remite a los tratados, convenios, y a las normas de la Unión Europea y el art. 22 quater establece la competencia de los Tribunales españoles, letra d) en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o *menor tenga su residencia habitual en España* al tiempo de la interposición de la demanda o el *demandante sea español o resida habitualmente en España* o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda, refiriéndose en su letra f) a la materia de alimentos que normalmente será accesoria a la acción de responsabilidad parental.

El mencionado precepto va a quedar reducido a un papel residual, siendo la norma comunitaria la que se va a utilizar imperativamente en la mayoría de los supuestos. Sería aplicable el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre y concretamente su art. 12 que determina como competentes los Tribunales que lo sean para conocer de la acción de separación/divorcio siempre que se cumplan determinados requisitos, e igualmente el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución, cooperación en materia de responsabilidad parental así como de las medidas de protección de menores²¹.

En esta materia de alimentos debemos de tener presente el Reglamento 4/2009 de 22 de diciembre y Protocolo de La Haya de 2007.

En cuanto al **derecho sustantivo**, deberemos de conocer el significado de algunas instituciones que pueden no tener equivalente en nuestro ordenamiento acudiendo al derecho extranjero, para posteriormente buscar una institución jurídica que desarrolle la función que la desconocida despliega en el ordenamiento extranjero.

Debemos de partir de las normas de conflicto internas recogidas en el art. 9 del C.Civil, 9.4 para relaciones paterno-filiales, 9.6 para protección de menores y 9.7 para

²⁰ En Bélgica, una demanda de divorcio con hijos, sea interna o internacional da lugar a tres resoluciones diferentes que se ocupan de vínculo, custodia y alimentos.

²¹ Debemos reseñar las sentencias de la A.P. de Barcelona, secc 12 de 31 de enero y 8 de abril, 9 de abril y 30 de octubre de 2014, números 70, 260, 262, y 665 respectivamente, donde se indica claramente que la competencia judicial internacional se determina separadamente en divorcio, medidas y alimentos y citan los artículos de los Reglamentos comunitarios aplicables en cada caso. Igualmente la número 10 de 8 de enero de 2015

alimentos, que prácticamente se encuentran sustituidas por los instrumentos internacionales.

En la materia de relaciones entre hijo y sus progenitores, el Convenio de La Haya de 1996, en su art. 15 considera ley aplicable la ley material del país al que pertenece el Tribunal que conoce del asunto, sin que el Reglamento 2201/2003 se ocupe del tema.

En materia de pensión de alimentos atenderemos al Reglamento 4/2009 que remite al Protocolo de la Haya de 2007 Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973.

Por último debemos de tener en cuenta la existencia de convenios bilaterales de España con otros países como ocurre con Uruguay, Convenio de 4 de noviembre de 1987

En materia de **reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras**, y teniendo en cuenta que estas uniones o matrimonios mixtos han podido contraerse o disolverse fuera de nuestras fronteras, pero puede instarse la modificación o ejecución de las medidas acordadas en España, habrá que estar al art. 22 e) LOPJ que establece la competencia con carácter exclusivo de los Tribunales españoles, y al Reglamento 2201/2003 si la resolución proviene de un Estado de la Unión Europea, excepto Dinamarca, (Reglamento 4/2009 en materia de alimentos), sin perjuicio de tratados bilaterales (España Colombia, 1908, Brasil, 1989, China 1992 v.gr.)

Si no existe tratado bilateral o no es aplicable el Reglamento 2201/2003, deberemos de acudir al procedimiento de exequatur.

El Reglamento 2201/2003 diseño un sistema general de exequatur simplificado con previo control de causas de denegación siguiendo al modelo del convenio de Bruselas de 1968, encontrando a nivel europeo modelos más novedosos como el Reglamento 606/2013 de 12 de junio relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, o el Bruselas I²² modelo para la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación internacional en materia civil.

1.3.4.3. Regulación en España

Como ya es sabido, la LECivil dedica su capítulo IV del Título I, Libro IV a los procesos matrimoniales y de menores, resolviéndose las medidas relativas a los menores, bien en el mismo proceso de separación, nulidad o divorcio bien, si no existe matrimonio, en un procedimiento de fijación de medidas relativas a hijos menores.

Igualmente, como veremos, la Ley de Jurisdicción voluntaria también regula procedimientos para resolver temas relativos a la patria potestad.

No vamos a entrar en los mencionados procedimientos salvo para remisiones puntuales, centrándonos en las medidas que se recogen en las correspondientes sentencias dictadas en los supuestos de ruptura de pareja, medidas que no vienen a ser más que un correlato de las funciones contenido de la patria potestad estudiada anteriormente; v. gr., el derecho/deber de tener a los hijos en su compañía y de relacionarse y velar por ellos, genera el concepto de custodia, visitas y estancias.

Respecto a la titularidad de la patria potestad, como veíamos no queda afectada, en principio, por el hecho de que los progenitores vivan separados. En cuanto al ejercicio, el art. 156.5 C.C., establece que *“si los padres viven separados, la patria*

²² El Reglamento UE 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Reglamento Bruselas I, recoge una nueva fórmula la eliminación del exequatur en estas materias.

potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva”, si bien abre la posibilidad de que el Juez, a instancia de los progenitores, recoja en la sentencia el ejercicio conjunto o el reparto de funciones, siendo esta la regla general frente al ejercicio exclusivo por el custodio. En la sentencia que se dicte es importante resolver este extremo ya que determinadas decisiones de trascendencia para los hijos, tales como la educación, tratamientos médicos o el domicilio de los hijos, deberán de ser adoptadas por el que ejerza la patria potestad, no conllevando la atribución de la guarda y custodia sobre un menor la libérrima facultad de decidir sin limitaciones estas cuestiones.

Por lo que afecta a nuestro estudio decir que el lugar de residencia de los progenitores separados será una cuestión a tener en cuenta para determinar la atribución de la custodia, quedando fijado así el lugar de residencia con el del custodio/s²³, pero el posterior ejercicio del derecho de dicho progenitor a cambiar de lugar de residencia no puede desvincularse de los intereses del menor que tan drásticamente pueden verse afectados por un ejercicio irresponsable del derecho²⁴.

Si con posterioridad a la fijación de las medidas, se plantea la posibilidad de traslado de la residencia de los progenitores y por tanto de los hijos, esta cuestión deberá de resolverse por el acuerdo entre los titulares de la patria potestad que tengan atribuido su ejercicio y en caso de no llegarse a un acuerdo, no podrá realizarse de forma unilateral debiendo recurrirse a la intervención judicial mediante la invocación **del art. 156 C.C.** al tratarse dicho traslado de una de facultades de dicha patria potestad :

“En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”.

Con carácter general, diremos que el precepto faculta a cualquiera de los progenitores titulares de la patria potestad ejercida conjuntamente para iniciar el procedimiento previsto en los arts. 85 y ss de la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria (LJV), relativos a la intervención judicial en relación con la patria potestad. No será preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador.

Competente será el Juzgado de Primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo, pero si el ejercicio conjunto de la patria potestad hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado (art. 86.2 LJV). Volvemos a encontrar los problemas derivados del establecimiento de medidas tras la ruptura de parejas por Juzgados del domicilio familiar con posteriores traslados de residencia.

²³ En el tema del domicilio caben múltiples posibilidades, como lo son domicilios distintos de los progenitores donde los hijos residen en la custodia individual o compartida, o donde visitan al progenitor no custodio, o el domicilio familiar donde los niños se quedan y son los progenitores los que entran y salen en los periodos en los que tienen atribuida la custodia.

²⁴ STS 642/2012 de 26 de octubre, Sala Primera.

Admitida la solicitud el Secretario judicial, citará a una comparecencia al solicitante, otro progenitor, Ministerio Fiscal y al menor mayor de 12 años o con suficiente madurez.

El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, interesados o Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas; si tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta a las partes para efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.

En la resolución el Juez atribuirá la facultad de decidir a uno de los progenitores, pero si los desacuerdos fueran reiterados o suponen un entorpecimiento grave del ejercicio de la patria potestad podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de ellos o distribuir las funciones. El plazo de vigencia de la medida no podrá exceder de dos años.

Para los supuestos de solicitud de autorización judicial para el cambio de residencia, la Circular de la FGE 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores recoge en su página 86 los principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental elaborados por la comisión europea de Derecho de familia donde se sugiere tener en cuenta:

- a) La edad y la opinión del niño
- b) El derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental
- c) La capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar
- d) La situación personal de los titulares de la responsabilidad parental
- e) La distancia geográfica y las facilidades de acceso
- f) La libre circulación de personas.

También se hace referencia a las conclusiones recogidas en la Declaración sobre la reubicación familiar internacional fruto de la reunión de expertos celebrada en Washington en marzo de 2010 donde se establecen una lista de elementos que debían ser tenidos en cuenta por la autoridad competente en el ejercicio de la facultad discrecional de autorizar o no el traslado.

Por otro lado, la decisión del traslado del domicilio puede suponer un cambio sustancial de las circunstancias que dieron lugar a las medidas acordadas tras la ruptura de pareja, por lo que otro de las posibilidades es acudir al procedimiento de **modificación de medidas**. El cambio de residencia de uno de los progenitores no debe de afectar a las relaciones con el progenitor que no tenga la custodia e igualmente puede conllevar un cambio en la guarda y custodia, valorándose la vinculación afectiva y proximidad entre progenitores y hermanos así como si la decisión del traslado es libre, seria, responsable, razonada y justificada y no de forma súbita con cierto grado de ocultación y con voluntad de dificultar o interrumpir la relación con el otro progenitor.

El art. 775 LEC regula la modificación de medidas:

1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

2. *Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.*

3. *Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773.*

De la lectura del precepto se deduce que el supuesto habilitante para la modificación de las medidas es que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas, y como decíamos el cambio de residencia de los progenitores puede ser motivo de dicha modificación al afectar a la custodia y al régimen de visitas y estancias.

Cabe solicitar la modificación provisional de las medidas; considero que dicha posibilidad carece de sentido ya que ya existen medidas que regulan la nueva organización familiar y si realmente existe urgencia derivada de un posible perjuicio para los hijos podría utilizarse el art. 158 sin necesidad de entrar una modificación provisional donde en la práctica se acaba entrando en el fondo del proceso principal para valorar si hubo cambio sustancial de circunstancias.

El art. 775 fue modificado por la Ley 42/2015 de 5 de octubre, siendo polémica la atribución de la competencia al tribunal que acordó las medidas definitivas, ya que la decisión del legislador es contraria al criterio consolidado por el T. Supremo que considera que la modificación de medidas no es una cuestión incidental y que por tanto, se le deben aplicar las normas generales de competencia de los procedimientos de familia de los arts. 769 y ss LEC. En un auto de 11 de noviembre de 2015, posterior a la reforma, el T. Supremo vuelve a decir que la modificación de medidas no es una cuestión incidental del pleito principal y aplica su doctrina consolidada.

Por último, como decíamos supra, pueden darse supuestos de decisión unilateral del traslado debiendo de considerarse traslados ilícitos al ir en contra de la regulación que hemos expuesto. Antes de que se haga efectivo el traslado, el progenitor que sospeche que puede llevarse a cabo puede evitarlo acudiendo:

- **al art. 158.3 C.C. :**

“ El Juez de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.”

El procedimiento para hacer efectivo el mencionado precepto se recoge en la Ley de Jurisdicción voluntaria, sección 3.ª *“De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración*

de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente” dentro del Capítulo II “De la intervención judicial en relación con la patria potestad”, siendo aplicable la disposición común plasmada en el art. 85 y estudiada al hablar del art. 156C.C.

La competencia, regulada en el art. 87.2 se atribuye de igual forma que veíamos en el procedimiento del art. 156 C.C. Si el Juez estimare procedente la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encargarse de la custodia del menor, y adoptará las medidas procedentes.

-En parecidos términos **el art. 103²⁵ C.C.** recoge la posibilidad de adoptar por el Juez medidas cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por tercera personas. Estas medidas pueden adoptarse:

- Con carácter previo a la demanda de nulidad, separación o divorcio, art. 771 LEC:

1. El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio.

- Una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, art. 773 LEC:

1. El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad. También podrán ambos cónyuges someter a la aprobación del tribunal el acuerdo a que hubieren llegado sobre tales cuestiones. Dicho acuerdo no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que pueda adoptar el tribunal en lo que respecta a las medidas definitivas.

2. Admitida la demanda, el tribunal resolverá sobre las peticiones a que se refiere el apartado anterior y, en su defecto, acordará lo que proceda, dando cumplimiento, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil.

3. Antes de dictar el Tribunal la resolución a que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial convocará a los cónyuges y, en su caso, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se sustanciará conforme a lo previsto en el artículo 771.

Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

²⁵ Art. 103 C.C. Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4. También podrá solicitar medidas provisionales el cónyuge demandado, cuando no se hubieran adoptado con anterioridad o no hubieran sido solicitadas por el actor, con arreglo a lo dispuesto en los apartados precedentes. La solicitud deberá hacerse en la contestación a la demanda y se sustanciará en la vista principal, cuando ésta se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, resolviendo el tribunal por medio de auto no recurrible cuando la sentencia no pudiera dictarse inmediatamente después de la vista.

Si la vista no pudiera señalarse en el plazo indicado, el Secretario judicial convocará la comparecencia a que se refiere el apartado 3 de este artículo.

5. Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

Si el traslado ilícito ya se ha llevado a efecto nos encontraremos ante los supuestos de sustracción o secuestro que se estudiarán en el apartado siguiente.

A modo de epílogo podemos recoger la sentencia del TS de 26 de octubre de 2012 donde se dice “*Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.*”

La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

Por tanto, a la hora de decidir esta cuestión van a entrar en juego diversos derechos, como lo son el art. 19 C.E, derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a salir de España en los términos que la ley establezca, y el derecho de los niños, ya que el cambio de residencia puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación, debiendo de ser estos intereses preferentemente tutelados.

La sentencia del TS de 20 de octubre de 2014 recoge: “*Se fija como doctrina jurisprudencial la siguientes: el cambio de residencia al extranjero del progenitor*”

custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con el”

Para la determinación de dicho interés la resolución hace referencia a distintos aspectos: “el cambio de residencia afecta a muchas cosas como lo son los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado, gastos que se incrementan cuando el traslado se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño”.²⁶

Y respecto al conflicto de intereses afirma que: “*No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores*”, si bien recuerda que “*el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional..”*

A la hora de determinar ese **interés superior del menor** al que hemos hecho referencia recogiendo diversos aspectos que la jurisprudencia tiene en cuenta para fijarlo, no podemos olvidar el art. 3.1 de la CDN “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

El Comité de Derechos del niño ha considerado este principio, junto con el del derecho de los niños a ser escuchados y tomados en serio como uno de los principios generales de la Convención, dedicándole la Observación General 14.

Se considera como un concepto dinámico y que sirve para garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la convención. Tiene una triple dimensión:

- como derecho sustantivo con aplicación directa pudiendo ser invocado en los tribunales.
- Como principio jurídico interpretativo fundamental
- Como norma de procedimiento ya que su evaluación requiere garantías procesales.

La mencionada observación general recoge la posibilidad de que entre en conflicto con otros intereses o derechos, debiendo resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un equilibrio adecuado.

Para la evaluación y determinación de ese interés superior habrá que valorar y sopesar todos los elementos necesarios para la toma de decisión, recogiendo la Observación, la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el cuidado, protección y seguridad del niño, su situación de vulnerabilidad, el derecho a la salud y a la educación.

La L.O. 8/2015 modificó el art. 2 de la Ley de Protección jurídica del menor, regulando este principio en su triple dimensión, recogiendo para su interpretación y

²⁶ STEDH de 26 de octubre de 2010, Raban contra Rumania, identificándolo con el mantenimiento de los lazos familiares con ambos padres, STEDH de 13 julio de 2010, Fusca contra Rumania

aplicación una serie de criterios, que se ponderarán teniendo en cuenta determinados elementos – en la línea de los elementos plasmados en la O.General -, siendo valorados de forma conjunta conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad

En el apartado quinto, se regulan las garantías del proceso y el cuarto se dedica a la concurrencia con otros intereses legítimos, donde habrá que priorizarse las medidas que, respondiendo al interés superior del menor, respeten también los otros intereses legítimos presentes, primando el interés superior del menor, y debiendo las decisiones y medidas adoptadas valorar en todo caso, los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

Junto a este principio mencionábamos el del **Derecho del niño a ser escuchado**, su estudio es objeto de otra ponencia pero no podemos pasar por alto la ocasión para hacer referencia a la Observación General 12 del Comité de Derechos del niño, que interpreta el art. 12 de la Convención, así como al art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del menor modificado por la L.O.8/2015 que en su exposición de motivos justificaba la reforma para adaptarlo al Convenio de Lanzarote y la Observación General 12, sustituyendo el término juicio por el de madurez, recogiendo expresamente la prohibición de la discriminación por razón de su discapacidad y detallando las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas.

Por último reseñar que el TEDH ha acuñado el denominado principio de **diligencia excepcional** con el que subraya la obligación de los Estados de resolver los procedimientos sobre menores con celeridad, teniendo en cuenta que el paso del tiempo puede derivar en una resolución de facto de la cuestión (STEDH de 17 de enero de 2012, Kopf y Liberda contra Austria). Los procedimientos ineficaces o incursos en dilaciones pueden generar la violación del art. 8 CEDH (STEDH 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia

A continuación recogemos tres sentencias recientes relativas al traslado de la residencia.

- La primera de ellas trata la autorización de un traslado de domicilio dentro del procedimiento de modificación de medidas:

La sentencia del TS de 11 de diciembre de 2014, analiza la autorización de un traslado de domicilio a la progenitora custodia desde el punto de vista del interés superior del menor, sobre la base de que la custodia a la madre se atribuyó de común acuerdo, el cambio de residencia no es determinante ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redundaría en beneficio de la menor, los informes psicosociales no consideran perjudicial el traslado, con la edad de la menor los cambios son fácilmente asumibles, se posibilita una mejor relación con su hermano y queda fijado un régimen de visitas que lejos de anular la figura le reconoce un papel relevante durante los fines de semana alternos y los periodos vacaciones permitiendo visitas no programadas.

Igualmente se hace referencia a la Jurisprudencia del Tribunal constitucional en relación al principio de proporcionalidad para medidas restrictivas de derechos: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si además es necesaria al no existir otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o

ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad).

- En la Sentencia TS 12 de enero de 20107 se autoriza el traslado de residencia de la progenitora custodia junto con el menor a otra ciudad distante tras valorarse que la pretensión no es arbitraria, que se contarán con apoyos familiares superiores a los actuales, ser su ciudad de origen y que no existen razones para presumir que el menor no superará los lógicos trastornos que le ocasione.
- Sentencia TS 18 de enero de 2017. La custodia la tenía la madre en virtud de una sentencia suiza. Se reconoce mediante exequátur y se valora si la nueva situación creada por la residencia de la madre y el hijo en España supone una modificación de circunstancias que hacen merecer un cambio de guarda y custodia.

Para terminar este apartado decir que en estas líneas hemos hecho referencia a la legislación española sobre patria potestad, pero en los supuestos de sustracción internacional debemos de estar a la legislación propia de los distintos Estados. El propio Convenio de La Haya de 1980, CH80, en su art. 5 letra a) dispone que el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia²⁷; tal como recoge la Circular FGE 6/2015, ese concepto de custodia es un concepto autónomo, declarando el informe explicativo que para determinarlo debe estarse al Derecho de la residencia habitual del menor.

En España hemos visto como esa facultad de determinar la residencia forma parte de la patria potestad y debe de decidirse de común acuerdo o por resolución judicial en su defecto. Si conforme al Derecho del país de origen, la facultad de decidir sobre la residencia del menor corresponde conjuntamente a ambos progenitores, habrá de entenderse que el autor del traslado ha incurrido en sustracción.

2. SUSTRACCION PARENTAL

2.1. CONCEPTO

Para referirse al problema del traslado de la residencia de un menor sin o contra la voluntad de uno de los progenitores, la doctrina ha utilizado distinta nomenclatura, hablando de sustracción, secuestro interparental, traslado ilícito, detención ilegal, si bien nosotros para seguir el título de nuestro curso hablaremos de sustracción parental.

Nos encontramos ante una sustracción parental cuando un menor es trasladado por uno de sus progenitores ilícitamente, de forma unilateral sin que tenga esas

²⁷ El Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre entiende por custodia ejercida de manera conjunta aquella conforme a la cual, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley uno de los titulares de la responsabilidad parental precisa el consentimiento del otro para decidir el lugar de residencia del menor.

facultades, a un lugar distinto de donde reside habitualmente. SOTO RODRIGUEZ²⁸ lo define como la conducta del progenitor que, ostentando o no la custodia, sustrae físicamente al hijo del ámbito de relación familiar, trasladándolo de su lugar de residencia dentro o fuera del país donde habitualmente vive el menor con la finalidad de impedir o dificultar gravemente la relación entre el hijo y el otro progenitor.

Desde una perspectiva psicológico-emotiva, PARDO FERNANDEZ²⁹ lo ha definido como “la conducta que ejerce un progenitor cuando retiene a un menor, privándole del contacto con el otro progenitor, como expresión de un conflicto interno, que se resuelve utilizando al menor como un instrumento de chantaje emocional contra el otro progenitor”.

Hay autores³⁰ que diferencian entre sustracción, refiriéndose a las conductas dirigidas a obstaculizar las relaciones entre el hijo y el otro miembro de la pareja y secuestro, para los casos en los que se pretende impedir cualquier tipo de relación entre ellos.

Vemos como el autor del secuestro puede ser el progenitor custodio o el que sin tener la custodia aprovecha una visita o una estancia para no devolver al menor a su domicilio habitual. Igualmente podemos encontrarnos con un traslado que no genere la salida del país de residencia habitual, sean los progenitores de la misma o de distinta nacionalidad, hablando de sustracción interna, o supuestos en que se sale del país, hallándonos ante una sustracción internacional.

El aumento de matrimonios o uniones mixtas, la internacionalización de las relaciones familiares y la fragilización que experimenta la institución de la familia explican la idea de internacionalización de la condición del menor, pues cada vez es más frecuente que el menor se encuentre inmerso en un conflicto familiar que presente elementos de internacionalidad³¹. Las crisis de pareja en estos matrimonios mixtos con hijos genera problemas más complejos ya que suele replantearse la residencia decidiendo uno de los progenitores, en muchos casos, la vuelta a su entorno, a su país, llevándose consigo al hijo o hijos comunes, haciendo tabla rasa de los intereses, derechos y expectativas del otro cónyuge y del propio hijo.³²

Como señala DE LA ROSA CORTINA, “no obstante, también existen supuestos de secuestro internacional en parejas de la misma nacionalidad. El caso más frecuente es el del matrimonio con nacionalidad común que, normalmente como emigrantes, establece su residencia habitual en un tercer país y tras una crisis, uno de los progenitores vuelve al país de origen con el hijo menor”.

La Circular FGE 6/2015, en su página 2 y en relación al secuestro internacional dice que “*Dentro de la tipología de secuestros parentales la concurrencia del elemento transnacional genera el supuesto más grave pues las dificultades para restablecer el status quo anterior son mucho mayores, entre otras cosas porque quien así actúa es normalmente ciudadano del país de refugio y lo que pretende con su actuación es crear*

²⁸ SOTO RODRIGUEZ, María Lourdes, La sustracción de menores, Diario la Ley 8331, 2014

²⁹ PARDO FERNANDEZ, Encar, “características psicológicas del secuestro interparental. Aspectos de valoración en el secuestrador”. Centro de Estudios Jurídicos, 2007. Ed. Electrónica.

³⁰ ALONSO CARVAJAL, A. y CHAMORRO ALONSO, N. El secuestro interparental de menores en los matrimonios mixtos, Aequalitas, ed. Electrónica, epígrafe 1, parr. 11.

³¹ PEREZ BEBIA, J.A. y GARCIA CANO, S. Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño, Colex 2003.

³² DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, Sustracción parental de menores, Tirant monografías 707.

un fuero artificial para que la contienda sobre la custodia se resuelva conforme a sus intereses. – nacionalismo jurídico³³- Esta búsqueda de unos Tribunales ad hoc, favorecedores de las posiciones de los secuestradores, es especialmente dramática en supuestos en los que los progenitores son no solo de distintas nacionalidades sino pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones. Se utilizan las vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor.

La Recomendación 65/1999 de 17 de noviembre del Defensor del Pueblo sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores considera que el traslado o la retención en otro país de un menor por uno de sus progenitores sin el consentimiento del otro constituye un acto de violencia que afecta de forma especial al niño, el cual es utilizado como objeto de presión entre sus padres, enfrentándolo a cambios bruscos de tipo social y familiar, privándole del afecto y de la relación de la familia con la que convivía. Las alteraciones psíquicas y afectivas del niño, su necesidad de adaptarse al nuevo entorno y la búsqueda de una seguridad que le evite un nuevo cambio le llevan con frecuencia, cuando la restitución no es inmediata, a expresar su rechazo hacia el progenitor con el que convivía.

El hecho de la sustracción del menor por sus progenitores puede ser constitutivo de una infracción penal; en España se tipifica en el art. 225 bis del C.Penal, dentro de una nueva sección introducida por la LO 9/2002 de 10 de diciembre:

“el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años”

pero igualmente existe la posibilidad de acudir a la vía civil en la forma que detallaremos, exigiendo los secuestros internacionales una respuesta desde la cooperación internacional a través de normas destinadas a la protección de los menores, normas que han ido evolucionando en el sentido de exigir la presencia cada vez más necesaria de los poderes públicos como encargados de las tareas protectoras en detrimento de los derechos de los adultos, y pasando por alto sentimentalismos nacionalistas, en pos del principio de prevalencia del interés del menor.

Por último, pero no por ello menos importante está la solución del conflicto generado por el traslado a través de la mediación.

2.2. MARCO JURIDICO GENERAL

Respecto a las sustracciones que no rebasan las fronteras, sustracciones nacionales, las normas aplicables serán las del propio estado. Respecto a España ya hemos hecho referencia tanto a las medidas preventivas como al procedimiento de modificación de medidas regulado en nuestra Ley de Enjuicimiento Civil. Más difícil resulta afrontar jurídicamente los supuestos de sustracción internacional aunque existan Convenios entre los países implicados.

Debemos de partir de la Convención de Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y concretamente de su art. 9.3 al que hicimos ya referencia y que recoge el

³³ Tendencia a amparar al sustractor por parte de las autoridades de su misma nacionalidad por entender que en el país de recepción va a estar mejor.

derecho de todos los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés, entroncando por tanto con el art. 20 y el 21 que reconocen el derecho a una familia, sin olvidar el también estudiado art. 12 relativo al derecho a que se tenga en cuenta la opinión del menor.

La Convención establece así de forma expresa que el niño, cuyos padres residan en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres, refiriéndose expresamente al secuestro de menores en los arts. 11 y 35³⁴.

El Manual de aplicación de la Convención, declara que “un Estado no debería limitarse a ratificar los tratados internacionales. Debería adoptar además otras medidas para aplicar el art. 11 de la Convención, como por ejemplo crear mecanismos para establecer controles en las fronteras y obtener resoluciones judiciales apropiadas cuando se sospecha que un niño corre el riesgo de ser secuestrado.

A nivel europeo podemos destacar el art. 34 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, que recoge el derecho de todo menor a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses, el Convenio del Consejo de Europa sobre relaciones personales relativas a los menores, y el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ya mencionado al hablar de la patria potestad.

Las Resoluciones A3-0051/93 y B4-0869/96 del Parlamento Europeo también abordaron el tema de los secuestros de niños, y el art. 8.13 del Carta Europea de Derechos del Niño de 8 de julio de 1992 menciona ese contacto directo y permanente de los hijos con sus padres en supuestos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio.

Nos referíamos anteriormente a la necesidad de Convenios como única forma de dar respuesta al problema de las sustracciones internacionales, pero existen supuestos en los que los países involucrados no están vinculados por ningún convenio que les obligue a colaborar, encontrándonos con casos muy complicados como lo son los de sustracciones en países islámicos, donde la mayoría no son parte de Convenio alguno.

El Manual de Aplicación de la CDN no ha tratado prácticamente este problema de ausencia de convenio, aunque pueda considerarse que la no adhesión al Convenio de La Haya supone una violación del art. 11.

En caso de no haber sido ratificados los Convenios generales existentes por el país de procedencia o del de recepción del menor, no serían de aplicación los mecanismos convencionales, quedando la opción de acudir a Convenios bilaterales entre dichos países sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, o a las normas generales de la Convención de Derechos de Niño.

DE LA ROSA CORTINA –obra citada- distingue en estos supuestos de ausencia de convenio:

- casos en los que un menor residiendo en España haya sido trasladado a un país extranjero, donde deberá de partirse del análisis de las posibilidades de restitución atendiendo a las reglas sobre competencia judicial y la ley aplicable del sistema

³⁴ El Manual de aplicación de la CDN considera que el artículo 11 se refiere principalmente a los traslados ilícitos o a la retención ilícita de niños por parte de sus padres. Igualmente el 35 habla de secuestro, venta o trata de niños, considerándose por la doctrina que éste último incluye la cuestión económica tal como se deduce de las palabras venta o trata, fines comerciales o sexuales.

extranjero, y al análisis de las posibilidades de litigar en España y solicitar el reconocimiento de la sentencia que pudiera dictar un tribunal español.

- supuestos de menor trasladado a España desde el lugar de su residencia habitual, donde cabe o bien presentar una demanda sobre el derecho de custodia o el derecho de visitas ante el Juez español o bien obtener una resolución en el extranjero y solicitar su reconocimiento en España. No obstante, debe reconocerse que en general la vía del exequatur o la de iniciar un litigio sobre custodia en el país de recepción son sin duda remedios insatisfactorios por lentos. Quedaría abierta la utilización de la cooperación judicial internacional en materia civil.

En estos casos de ausencia de Convenio no debe de pasarse por alto la posibilidad de utilización de la mediación.³⁵

El texto convencional clave en la materia de sustracción internacional es el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores (CH80), ratificado por España por Instrumento de 28 de mayo de 1987. Se trata de un convenio semiabierto pudiendo ser suscrito por cualquier Estado, aunque no sea parte de la Conferencia de la Haya, si bien la adhesión solo tendrá efecto entre el Estado adherido y los demás Estados que habiendo suscrito el Convenio y siendo parte de la Conferencia hayan aceptado tal adhesión.

El Convenio no aborda la cooperación en materia de medidas preventivas, y se centra en el retorno, dedicando un único artículo, el 21, al derecho de visitas.

Para interpretar este Convenio debemos de contar con el Informe Explicativo del Convenio de Elisa Pérez Vera, y los resultantes de las reuniones periódicas organizadas por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado que revisan la práctica del mismo y hacen recomendaciones.

En éste marco de la Conferencia de La Haya existe el Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, destinado a sustituir al de 5 de octubre de 1961, que incide especialmente en la protección del derecho de visitas.

En el marco del Consejo de Europa se ha firmado el Convenio de Luxemburgo de 25 de mayo de 1980, sobre reconocimiento, y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y establecimiento de dicha custodia que tratan de establecer sistemas rápidos de restitución de menores trasladados ilegalmente³⁶.

2.3. SUPUESTOS DE SUSTRACION PARENTAL

2.3.1. Sustracción parental dentro de España. Se trataría de los casos de cambio de residencia de forma unilateral. Veámos en apartados

³⁵ El Parlamento Europeo creó en 1987 la oficina del Mediador para Casos de Sustracción Internacional de Menores por sus Progenitores, cuyo trabajo consiste en observar la evolución de los acontecimientos y garantizar el respeto de los derechos del niño mientras los padres alcanzan un acuerdo.

³⁶ En el ámbito de la Unión Europea es de aplicación el Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre, y con fecha 11 de septiembre de 2015 se autorizó la firma del Convenio sobre las relaciones personales del menor de 15 de mayo de 2003; con Marruecos el Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores de 30 de mayo de 1997

anteriores las alternativas para solucionar los supuestos de falta de acuerdo en el traslado de residencia, pero en esta ocasión, como el traslado ya se ha realizado, las alternativas del progenitor no conforme con el mismo serían:

- acudir al art. 158 C.C., si el traslado está suponiendo un perjuicio para el menor interesando la restitución inmediata a su situación anterior³⁷
- Instar a la ejecución de la sentencia existente si se ha incumplido, art. 776 LEC³⁸.
- Presentar demanda de modificación de medidas, solicitando medidas provisionales a los efectos de que la situación no se consolide con los consiguientes perjuicios para el menor, art. 775 LEC, (ya tratado anteriormente).

2.3.2. Menor con residencia habitual en España que es trasladado a un tercer país ---- Existe la posibilidad de acudir a la Autoridad Central española para articular la correspondiente reclamación, si bien dicha Autoridad Central no tiene el monopolio en el ejercicio de las acciones de restitución, sino que conforme al art. 29 CH80, puede directamente el progenitor ejercitar por sí estas acciones sin actuar mediante la autoridad central.

El art. 778 sexies de la LEC, recoge, al margen del proceso para pedir la restitución internacional, la posibilidad de dirigirse a la autoridad

³⁷ Ya estudiamos supra el procedimiento recogido en la LJV.

³⁸ **Artículo 776. Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas.**

Los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de esta ley, con las especialidades siguientes:

1.ª Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele por el Secretario judicial multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.

2.ª En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto.

3.ª El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas.

4.ª Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto.

judicial competente³⁹ para conocer el fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención han sido ilícitos⁴⁰, a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del art. 158.

2.3.3. Menor con residencia habitual fuera de España que es trasladado a España. La autoridad central de la residencia habitual del menor, promotora a instancia de la parte legítima, remitirá una solicitud de repatriación del menor dirigida a la autoridad central española, la cual, en caso de no conseguirse una solución amistosa, promoverá, a través del Abogado del Estado de la correspondiente provincia, la devolución del menor, siendo de aplicación las medidas relativas a la restitución o retorno de menores recogidas en los arts. 778 quater a 778 sexies introducidas por la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria creando un procedimiento contencioso con intervención preceptiva del Ministerio Fiscal, (art. 749 LEC.).

2.4 MEDIDAS RELATIVAS A LA RESTITUCION O RETORNO DE MENORES EN LO SUPUESTOS DE SUSTRACCION INTERNACIONAL.

La Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria introduce dentro del Libro IV de la LEC, relativo a los procesos especiales y concretamente en el Título I “de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores” un Capítulo IV bis que consta de tres artículos precedidos de la rúbrica “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

Hasta la reforma el procedimiento, para los casos de sustracción internacional, se regulaba en los art. 1901 a 1909 de la LEC que fueron modificados por la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, incluyéndose en la actualidad dentro del título referido tal como preceptúa el art. 748.6.º, y el art. 749 al tratar la intervención del Ministerio Fiscal en estos procesos.

2.4.1 Ámbito de aplicación

Se encuentra regulado en el apartado 1 del art. 778 quater:

1. En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional.

Se deduce que los Juzgados españoles no acordarán el retorno o restitución de un menor objeto de traslado o retención ilícitos que se encuentre en España, si no es aplicable un convenio internacional o disposición de la Unión Europea, debiendo acudir en ese caso al exequátur y mecanismos de cooperación internacional.

³⁹ Será competente la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor y en su defecto el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España.

⁴⁰ Art. 15 en relación con el art. 3, ambos CH80

2.4.2 Competencia.

El apartado 2 dice que *“en estos procesos, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda. El Tribunal examinará de oficio su competencia”*.

Según la exposición de motivos de la LJV, el objetivo es procurar una concentración de la jurisdicción para, en sintonía con las recomendaciones y estándares internacionales, lograr una mayor especialización tanto de Jueces como de Fiscales y, con ella, una mayor calidad y eficacia de la respuesta judicial para resolver estos casos.

El examen de oficio de la competencia entronca directamente con la previsión del art. 778 quinquies 3, acordándose el archivo provisional si el menor no fuera hallado en el lugar indicado en la demanda o remitiendo las actuaciones al Tribunal territorialmente competente emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo en el plazo de tres días, cuando el menor fuera hallado en otra provincia.

2.4.3 Legitimación:

El art. 778 quáter.3. establece que promoverá el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designa dicha autoridad.

Será preciso actuar con abogado y procurador y la intervención de la Abogacía del Estado a instancia de la Autoridad Central española, cesará cuando el solicitante de la restitución o retorno comparezca con su propia representación.

La mencionada Circular 6/2015 dedica su apartado 3, pgs. 12 a 14 a recoger el papel del Ministerio Fiscal en el procedimiento, interviniendo como parte imparcial, guardián de la legalidad y defensor de los derechos del menor, siendo el Abogado del Estado quien representa al Ministerio de Justicia en los trámites procesales personándose como demandante.

2.4.4 Procedimiento

2.4.4.1. Generalidades: El procedimiento tiene carácter urgente y preferente, debiendo realizarse en ambas instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la presentación de la solicitud, salvo que circunstancias excepcionales lo hagan imposible.

No se suspenderán las actuaciones civiles por la existencia de prejudicialidad penal, por el ejercicio de acciones penales en materia de sustracción de menores.

Cabe la adopción de medidas cautelares conforme al art. 773 LEC o 158 C.C., pudiendo acordarse medidas para garantizar el ejercicio de los derechos de estancia, visita, relación o comunicación del menor con el demandante si fuera conveniente para el interés del menor.

Igualmente con base en el art. 778.12 quinquies, las partes podrán solicitar o acordar el Juez, en cualquier momento, la suspensión para someterse a mediación.

2.4.4.2. Fases

Presentada la demanda con la documentación requerida por las normas internacionales, que distinguen entre documentación necesaria y otra adicional, y admitida por el Secretario, este requerirá a la persona a quien se le impute la sustracción o retención para que comparezca y manifieste si accede o se opone a la pretensión. Puede ocurrir que:

- el demandado comparece y accede a la restitución, se acuerda la conclusión del proceso.
- no comparece ni presenta oposición, será declarado en rebeldía continuando el procedimiento sin él, convocándose a una vista
- se opone a la restitución o retorno, se citará a una vista.

Concluida la vista con la práctica de prueba y oído el menor de forma separada con presencia del Fiscal, se dictará sentencia dentro de los tres días siguientes, contra la que cabe recurso de apelación con efectos suspensivos y tramitación preferente, para el que se establecen varias especialidades en el apartado 11 del art. 778 quinquies.

